

DERECHO PENAL

La responsabilidad penal médica. Tratamiento teórico-doctrinal

POR LIUVER CAMILO MOMBLANC (*) Y YARISLEYDIS QUIALA MOMBLANC (**)

Sumario: I. Introducción.- II. Responsabilidad penal médica: elementos que la configuran.- III. Situaciones susceptibles de generar responsabilidad médica.- IV. Mala praxis: diversas formas de revelarse la imprudencia médica.- V. Consideraciones finales.- VI. Bibliografía.

Resumen: el médico ya no se considera, como en el pasado, como una autoridad indiscutible y este fenómeno se aplica a todas las profesiones de responsabilidad pública o social. La complejidad y la importancia de los procesos de responsabilidad médica en la actualidad requieren iniciativas de investigación que brinden respuestas informadas a los numerosos problemas que enfrentan los tribunales penales. Para este fin, los elementos que dan forma a esta responsabilidad legal profesional están sistematizados en este artículo. También describimos situaciones que pueden generar responsabilidad médica criminal y las diferentes formas de negligencia médica reveladas por mala conducta profesional. En fin, se reflexiona sobre las herramientas teóricas indispensables para todos los profesionales del derecho, profesionales de la salud, estudiantes y cualquier persona interesada en la responsabilidad médica.

Palabras claves: mala praxis médica - responsabilidad penal médica

La responsabilité pénale du médecin. Débat théorique doctrinal

Résumé: le médecin n'est plus considéré, comme par le passé, comme une autorité incontestable, et ce phénomène vaut d'ailleurs pour toutes les professions à responsabilité publique ou sociale. La complexité et l'importance qui ont acquis les processus en matière de responsabilité médicale aujourd'hui, exigent des initiatives d'enquête qui permis d'apporter des réponses éclairées aux nombreuses questions qui se posent au juridictions pénale. À cette fin, les éléments qui façonnent cette responsabilité juridique professionnelle sont systématisés dans cet article. On décrit

(*) Prof. Auxiliar de Derecho Penal. Departamento de Calidad, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Cuba.

(**) Prof. Sociología del Derecho. Departamento de Derecho, Universidad de Guantánamo, Cuba.

aussi les situations susceptibles de générer une responsabilité médicale criminelle et les différentes formes de faute médicale révélées par une faute professionnelle. Enfin, on réfléchit sur les outils théoriques indispensables pour tous les praticiens du droit, les professionnels de santé, les étudiants et tous ceux qui s'intéressent à la responsabilité pénale médicale.

Mots clés: *faute professionnelle médicale - responsabilité pénale médicale*

I. Introducción

Desde el año 1728 a.C. se establecía la responsabilidad profesional y específicamente la responsabilidad del médico en el ejercicio de su profesión. No obstante, una misma acción del galeno podía, en dependencia del resultado provocado, ser castigada severamente o recompensada, conforme establecían las leyes 215 y 218 del Código de Hammurabi (1). Sin embargo, a pesar de su antigüedad, la problemática de la responsabilidad médica aún genera importantes polémicas. Los medios de comunicación se hacen eco de presuntas malas prácticas médicas en diferentes partes del mundo. Esto pudiese conllevar a la formulación de una opinión equívoca sobre la idoneidad y capacidad de los profesionales de la medicina, cuya labor está encaminada a la protección de bienes jurídicos tan importantes como la salud y la vida humana. Asimismo, al no menos complejo problema de la reproducción de una medicina defensiva con todo lo que conlleva (2).

En agosto de 2006, debido al aumento de reclamos judiciales por mala praxis, Argentina Praxis Médica (APM) (3) se dio a la tarea de conocer cómo se percibe este problema en diversas partes del mundo. Para ello convocó a reconocidos referentes del sector, quienes ante la interrogante de si están aumentando los reclamos por esta causa refirieron:

(1) (215) Si un médico atiende a alguno que tenga una enfermedad grave con el punzón de bronce y lo cura, o si abre con el punzón de bronce la catarata de alguno y le salva el ojo, recibirá 10 cicles de plata. (218) Si un médico trata a un hombre libre de una enfermedad grave con el punzón de bronce, y lo mata, y si con el punzón de bronce separa la catarata y le saca un ojo, se le cortarán las manos (Franco, 1962, p. 352).

(2) Entre otras cuestiones: exceso de exploraciones y métodos de diagnóstico complementarios, todo lo cual procura estrés e inhibición en el ejercicio profesional. También el conocido "peloteo" de enfermos e inhibición ante casos de riesgo, lo que resta espontaneidad y libertad para tomar decisiones. De igual modo el encarecimiento enorme de las prestaciones sanitarias y, en conjunto, una indudable merma de eficacia de los servicios médicos.

(3) Revista especializada en abordar exclusivamente la problemática de la Responsabilidad Profesional Médica y cuenta con la experiencia y la opinión de especialistas en la materia. Edición bimestral. Recuperado de <http://www.lamutual.org.ar>

[Dr. Luis César Fraschini, de Uruguay (4)] La percepción general en el ámbito de la medicina es que las demandas vinculadas a supuestos hechos de mala praxis han crecido exponencialmente en los últimos años. Según la Asociación de Usuarios del Sistema de Salud (ADUSS), el problema crece año a año, afectando, en términos generales, a todo el sistema de salud (...) [Dr. José Soto Bonel, de España (5)]. Hoy en día, sin duda son los Estados Unidos de América los que encabezan el número de denuncias por imprudencias médicas. Sin embargo, allí la responsabilidad penal es excepcional, frente a la civil que es la habitual (...). La situación en España es muy diferente. Hasta los años 70 la jurisprudencia en relación con la responsabilidad médica es muy escasa. A partir de entonces va en aumento, y es en los últimos años cuando al crecer el número de reclamaciones la jurisprudencia en este tema es mucho más profusa, hasta el punto de que sólo en los últimos 10 años ha habido ocasión, incluso, para variar la doctrina que establecen estas sentencias (...) (6).

En el orden teórico-doctrinal se advierte que la mayoría de la literatura existente sobre responsabilidad médica y mala praxis ha sido escrita por autores foráneos. La mayoría médicos que, al adolecer de una sólida formación jurídica, dirigen su análisis esencialmente desde los senderos de su ciencia: Hernández (2002); Gómez (2003), Iraola y Gutiérrez (2005), González (2002, 2003, 2007), Moreno (2012), entre otros. Resultado del examen de sus obras se identifica la existencia de diferentes posturas teóricas, que van desde la utilización de diversos términos para su tipificación, variedad de calificaciones y un enconado debate científico sobre cuál de estos es generador de responsabilidad penal. Si bien muchos coinciden en que los elementos que configuran la responsabilidad penal médica son en sentido general los mismos que los de la responsabilidad penal, la mayor polémica radica en torno a la culpa o imprudencia y sus modalidades, así como en la definición del nexo causal entre el acto médico y el resultado.

En Cuba se tiene conocimiento de muy pocos trabajos jurídicos que abordan el tema: Cedeño (2008), Parets (1991), Arrue y Azharez (2012), Ramírez y Blanco (2012), Vila (2013). Entre ellos destaca el de Cedeño (2008) por los puntos de coincidencia con los propósitos de esta investigación. No obstante, se limita a describir los elementos configuradores de la responsabilidad en el ejercicio profesional sin llegar a realizar proposiciones *de lege ferenda*.

(4) Ex Ministro de Salud de Uruguay. En el año 2006 se desempeñaba como Director de Proyectos del Hospital Italiano.

(5) Directivo de la Organización Iberoamericana de Prestadores Privados de Servicios de Salud.

(6) Recuperado de <http://www.lamutual.org.ar/newsletter1-mesa-redonda.php> Argentina Praxis Médica, Revista de La Mutual.

Debido a la diversidad de criterios que trascienden desde el ámbito teórico al práctico, es necesario que el legislador asuma una postura jurídica para garantizar la correcta evaluación de la responsabilidad penal médica asociada a la mala praxis. No por ello debe pensarse que la intención es sentar a los galenos en el banquillo de los acusados o lacerar su prestigio profesional. La razón que nos motiva es la de asegurar que en caso de que estos sean enjuiciados se haga sobre la base de adecuados presupuestos jurídicos que permitan discernir la responsabilidad penal que pudiera entrañar su mal proceder o mala praxis. Por tanto, a diferencia de la mayoría de los estudios precedentes, en esta ocasión se ofrece una mirada al fenómeno desde el ámbito jurídico, debido a que su examen desde la ciencia de los operadores de justicia aún es insipiente en Cuba. Sin embargo, el hecho real es que progresivamente aumenta en el país la crítica al quehacer médico, así como la frecuencia y exigencias de las reclamaciones por supuestas deficiencias en el mismo. También se va imponiendo una judicialización en sede penal del ejercicio de la actividad médica.

Como principal resultado se aporta la sistematización de los presupuestos teóricos que sustentan la responsabilidad penal médica por mala praxis. Y de manera general se pretende que los profesionales de la salud y el Derecho cuenten con una herramienta que le sirva como referente. En el primero de los casos, para evitar que una ciencia como la medicina sustentada en el principio de propiciar bienestar físico y mental, curar o por lo menos aliviar la enfermedad de las personas, sea puesta en tela de juicio, sin las debidas garantías. A la vez, revelar al jurista las bases teórico-jurídicas que le permitan discernir la responsabilidad penal médica que pudiera exigirse a aquellos como consecuencia de su ejercicio profesional.

II. Responsabilidad penal médica: elementos que la configuran

Las personas acuden al facultativo con la expectativa de que este pondrá el arte médico en función de sanar o aliviar su padecimiento. Esperan que sobre la base de los conocimientos médicos que ha de poseer obre con el debido cuidado en el marco de la actividad riesgosa que realiza. De no ser así caerían sobre él, con todas sus fuerzas, los tentáculos del Derecho en el orden que corresponda. Sin embargo, en ocasiones, y a pesar de la pericia del galeno y el desarrollo alcanzado por la ciencia médica, no se puede asegurar la exitosa evolución del enfermo (7). Siem-

(7) Significa que la medicina, como sucede en general con el resto de las ciencias, no goza de plena infalibilidad y exactitud. En ocasiones ni puede ofrecer remedios de eficacia probada para una enfermedad y, cuando los tiene, no puede sustraerse a los imponderables que condicionan el éxito de la terapia. En esta dirección resulta ilustrativa la STS de España de 8 de junio de 1994 en la que se afirma que "la exigencia de responsabilidad al médico presenta siempre graves dificultades porque la ciencia que profesan es inexacta por definición, confluyen en ella factores variables totalmente

pre que el galeno se encuentra ante un paciente, por ser operador de una ciencia inexacta, se enfrenta a un escenario incierto, en el que no se debe descartar la existencia de un resultado negativo.

En consecuencia, la ocurrencia de un resultado adverso (daño a la vida o salud del enfermo) en el marco del acto médico, por sí solo adolece de mérito suficiente para la formulación de una pretensión jurídica de responsabilidad contra el facultativo. Es necesaria la evaluación de un conjunto de elementos y circunstancias que permitan concluir que el siniestro está asociado a la *infracción del deber de cuidado*, así como a la actuación fuera de los márgenes del *riesgo permitido*. Razón por la que corresponde al Derecho el establecimiento de las bases que posibiliten la correcta valoración y exigencia de responsabilidad jurídica por las faltas en que incurra durante su ejercicio profesional.

Exigir responsabilidad a los galenos, desde sus primeras discusiones, ha resultado una tarea de extrema complejidad. A ello contribuye, no solo la doble naturaleza de la medicina como arte y ciencia, también los intrínquilos al depurar los ámbitos en los que debe evaluarse: ético, administrativo, civil o penal. Esta última, calificada como una vasta zona gris en la que no siempre resulta fácil perfilar los presupuestos de intervención. Pero no se descubre nada nuevo al afirmar el grado de dificultad que rodea todo lo relacionado con la delimitación, tanto de los presupuestos como de los límites de las conductas médicas penalmente relevantes. Ello supone que, al adentrarse en un terreno escabroso como el que se presenta, sea necesaria la sucinta exposición de conceptos como *responsabilidad jurídica*, *responsabilidad profesional*, *responsabilidad médica* y *responsabilidad penal*. De este modo, se realiza en apretada síntesis un recorrido de lo general a lo particular que facilita la comprensión de las concepciones teóricas que se sistematizan.

En esta dirección se asume, por su carácter general, la definición de Quirós (2005, p. 3), quien sostiene que “la *responsabilidad jurídica* (8) consiste en el deber, legalmente establecido, de asumir las consecuencias que correspondan por la realización de un hecho antijurídico (contrario a derecho)”. Y el concepto de *responsabilidad profesional* que aporta Mariñelarena (2011, p. 160) al definirla como “(...) la obligación que tienen de responder por sus actos aquellos que ejercen una profesión determinada, entendiéndose por ésta: la realización habitual a título oneroso o gratuito de todo acto o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión”. En tanto en los predios de la medicina, Vila (2013, p. 81), quien ostenta la titulación médica y jurídica, sostiene que la *responsabilidad médica* “en

imprevisibles que provocan serias dudas sobre la causa determinante del daño, y a ello se añade la necesaria libertad del médico que nunca debe caer en audacia o aventura” (Gómez, 2003, p. 373).

(8) Sin cursiva en el original.

sentido general es la obligación de los salubristas de responder por las acciones u omisiones peligrosas, sancionadas normativamente y relacionadas con el ejercicio de su profesión”.

En este *iter*, nuevamente acogemos el criterio de Quirós (2005, p. 3), cuando define la *responsabilidad jurídico-penal* como “la obligación que tiene un sujeto imputable de sufrir las consecuencias legalmente instituidas (las sanciones o penas), por la perpetración de un hecho socialmente peligroso y antijurídico también previsto en la ley (los delitos)”. Concepto del que se infieren dos presupuestos indispensables para que un médico, como toda persona natural, sea penalmente responsable: *su imputabilidad y la perpetración de un hecho delictivo*.

Entiéndase que para que un sujeto sea imputable, según el propio Quirós (2005), debe reunir dos requisitos de índole personal: *la capacidad para comprender la ilicitud de sus actos y para autodeterminarse*. Requisitos que se presumen presentes en todos los que practican la medicina, de lo contrario no pudieran ejercer tal profesión (9). Pero para que el médico sea penalmente responsable no basta con que sea imputable. También es necesario que haya cometido una acción u omisión (conducta médica) penalmente relevante (típica) y socialmente peligrosa (peligrosidad social), prohibida por la ley (antijuridicidad), culpable (culpabilidad), bajo conminación de una sanción penal (punibilidad).

El examen y comprensión de estas exigencias debe partir del análisis de la *relación médico-paciente*, donde tiene su plataforma de despegue el actuar profesional del galeno. Esta se configura a través del *acto médico*, momento en el que surge la *relación jurídico-médica*, a partir del reconocimiento de los derechos y obligaciones del médico y del paciente. En consecuencia, los resultados que se produzcan estarán condicionados por el proceder del médico como sujeto activo y el del demandante de los servicios salubristas (pacientes y familiares). Solo que en estas cuartillas se privilegia el estudio del proceder del facultativo, de cara a la distinción de los presupuestos que soportan la evaluación de la responsabilidad jurídico-penal en la que puede incurrir.

En este orden, es oportuno delimitar como punto de partida, los supuestos en los que el médico puede ser sujeto activo de Derecho Penal. Cedeño (2008, pp. 27-28) plantea tres situaciones concretas:

(9) De conformidad con el artículo 90 de la ley N° 41 Ley de Salud Pública de 13/07/1983, “la actividad médica, estomatológica, farmacéutica y de otras profesiones de la salud, la realizan personas que tienen preparación especial y título expedido por un centro de Educación Superior del país, y la actividad de técnico, obrero calificado, trabajador propio de la salud que tengan preparación especial o título expedido por un Instituto, Escuela, Politécnico o centro de preparación técnica de la salud”.

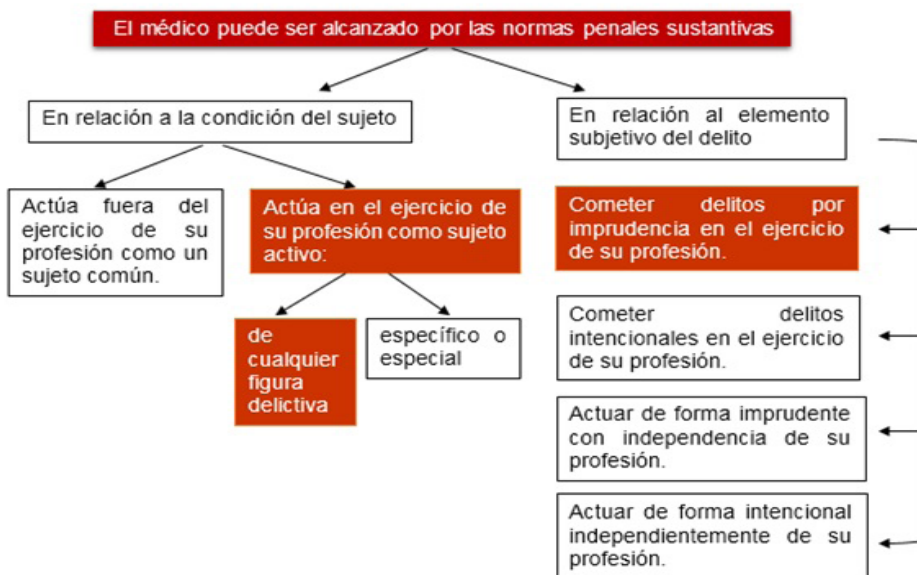
1. Cuando actúa independientemente de su profesión como sujeto activo de cualquier figura delictiva.

2. En la comisión de delitos que requieren la existencia de un sujeto activo específico, determinado precisamente por la condición de ser un profesional autorizado a ejercer la medicina.

3. Cuando comete delitos por imprudencia en el ejercicio propio de su profesión.

Del análisis de estos supuestos se advierte una mezcla indistinta de dos criterios de clasificación, consistente a nuestro juicio en: 1) la condición del sujeto y 2) el elemento subjetivo del delito. (Ver Gráfico N° 1).

Gráfico N° 1. Supuestos en los que el profesional de la salud puede ser sujeto de Derecho Penal



Fuente: elaboración propia a partir de Cedeño (2008).

Pero reservamos el examen del segundo criterio para el momento de la evaluación de la culpa como rasgo del ilícito penal. Ahora bien, como se pudo apreciar, a tenor del primer criterio, el médico puede ser alcanzado por las normas penales sustantivas cuando:

- Actúa fuera del ejercicio de su profesión como un sujeto común.

- Actúa en el ejercicio de su profesión; dimensión en la que se circunscribe nuestro estudio. Y en este caso puede ser como:
 - Sujeto activo de cualquier figura delictiva.
 - Un sujeto activo específico o especial (10), determinado precisamente por la condición de ser un profesional autorizado a ejercer la medicina.

Por tanto, para la configuración de la responsabilidad jurídico-penal, se requiere una *conducta médica* (acción u omisión) que acontece en el marco de la relación médico-paciente y esta, a su vez, se concreta en el acto médico. Concepto este último al que, por su importancia, dedicamos el próximo epígrafe al estudio de sus características y clasificaciones. Pero que en el sistema de salud cubano adquiere un carácter *sui generis* por estar los servicios de salud a cargo del Estado, donde se produce a partir de un vínculo de facto entre ambos sujetos de la relación médico-paciente.

La tipicidad, primer rasgo de la conducta penalmente relevante, es expresión de la cualidad que tiene un comportamiento humano de adecuarse al descrito como delito en una norma penal. Mientras que la *peligrosidad social*, por su parte, ha sido definida como la cualidad objetiva de ciertos comportamientos de significar un peligro real o potencial al régimen de las relaciones sociales (Quirós, 2005). No existe duda de que, por su propia naturaleza, cualquier lesión resultante en la ejecución del acto médico a la vida o integridad de los pacientes, por la cualidad de estos bienes jurídicos, es en principio un hecho socialmente peligroso (11).

En tanto, la *antijuridicidad* constituye, como ya se había anunciado, otro de los requisitos exigibles a la conducta médica para ser considerada delictiva. Esta expresa aquella propiedad que ha de tener la acción típica de significar una contradicción con las prohibiciones y mandatos del Derecho Penal. De tal forma que se estima antijurídica aquella acción desaprobada por el ordenamiento jurídico, realizada por el galeno cuando ejecuta el comportamiento prohibido u omite el

(10) Los delitos de sujeto activo especial son aquellos cuya autoría se encuentra restringida, a determinados sujetos, los que deben reunir determinadas características o condiciones exigidas en el tipo penal, asociadas en lo fundamental a un deber que el sujeto está obligado a cumplir, dado los atributos que posee por mandato o por otras circunstancias debidamente definidas. Se integran así los tipos penales que obligan a que el sujeto activo ostente una determinada cualidad o condición: el médico, el abogado, el funcionario, el que tenga la administración, etc. Sobre este aspecto véase: Zaffaroni (1981, pp. 282 y ss.) y Quintero (1974).

(11) Precisamente en el singular valor de estos bienes jurídicos que pueden resultar lesionados por un actuar imprudente del médico, sustenta un sector de la doctrina la necesidad de medir conforme a rígidos baremos la negligencia médica. Véase: Gómez (2003, pp. 327 y ss.).

ordenado y ocasiona daño o peligro de lesión al bien jurídico tutelado. Es en este momento en el cual se configura el injusto penal (12).

Solo faltaría hacer referencia a la culpabilidad y la punibilidad para concluir el tratamiento de los elementos configuradores de la responsabilidad penal médica. En relación a la *culpabilidad*, según la teoría del delito, esta se refiere a la determinación del vínculo del sujeto con el hecho realizado en aras de establecer si se le puede atribuir responsabilidad jurídico-penal. Por tanto, no basta decir, para exigirle responsabilidad penal al galeno como sujeto activo del Derecho Penal, que ejecutó la acción típica y antijurídica y es el causante del resultado delictivo. Ello dependerá de la concurrencia de un conjunto de presupuestos de índole subjetiva que fundamenten la respuesta penal por el hecho punible que ha cometido. De ahí que se diga que la culpabilidad aparece siempre como un juicio de valoración concreto, de cuyo resultado se pueda afirmar con propiedad que de él responde su autor porque ha sido quien le ha dado sentido y significación, y también ha reflejado en él su personalidad social (Bustos y Hormazábal, 1997).

Por lo que al retomar el segundo de los criterios de clasificación (el elemento subjetivo del delito), cuyo análisis quedó reservado para este momento, se afirma que, cuando el médico actúa independientemente de su profesión o en el ejercicio de esta, su comportamiento puede ser tanto doloso como culposo. Bajo este criterio se considera que el médico como sujeto activo de Derecho Penal, conforme al elemento subjetivo puede:

- Actuar de forma intencional independientemente de su profesión.
- Actuar de forma imprudente con independencia de su profesión.
- Cometer delitos intencionales en el ejercicio de su profesión.
- Cometer delitos por imprudencia en el ejercicio de su profesión.

Una gran parte de la doctrina defiende que en las primeras dos situaciones la responsabilidad penal es la “misma” (13) que la de cualquier otro ciudadano que

(12) Para profundizar en la antijuridicidad como elemento del delito, véase entre otros: Roxin (1997) y Fontán (1998).

(13) Es cierto que en esos supuestos no actúa bajo su condición de galeno y comete el acto delictivo simplemente por su condición de humano, sin que esté asociado a su formación profesional, pero también que esa cualidad especial lo acompaña todo el tiempo y no faltará quien de algún modo la asocie, por ejemplo, cuando se trate de la comisión de un delito de asesinato, en la que se su condición de galeno, filántropo, debió haber sido una causal de inhibición. Por otra parte, se debe precisar que el caso de comportamientos delictivos intencionales, no constituyen objeto de este trabajo, porque además de infrecuentes, su tramitación no genera mayores polémicas ni confu-

delinque, por lo que no existe dificultad para su exigencia. Tampoco existe gran polémica en los casos en que la comisión de las figuras delictivas es perpetrada dolosamente por estos en el ejercicio de su profesión, ya sea como sujeto especial o general, porque a diferencia de la imprudencia, la intención genera menos complicaciones teórico-prácticas en torno a la atribución o imputación del resultado típico.

Basado en ello, se dirige el análisis solo hacia algunas cuestiones referentes a la responsabilidad penal médica por los ilícitos penales concernientes a la vida e integridad física cometidos de manera imprudente en el ejercicio de su profesión. Es en estos casos donde radica el mayor debate teórico (14) por las confusiones que existen entre la diversidad de formas en que se manifiesta dicho comportamiento en el ámbito médico: *imprudencia, impericia, negligencia, inobservancia de los reglamentos*. Cada una de ellas con cierto grado de complejidad para su determinación práctica por su relación con los intrínquilis del *acto médico indebido* y conceptos como iatrogenia, error, accidentes, complicaciones, entre otros cuyo análisis se reserva para el epígrafe siguiente.

Pero no puede ser objeto de este trabajo el estudio de la elaboración dogmática de la imprudencia. Sería esta una tarea que no solo excedería la meta establecida y las cuartillas autorizadas, sino que acabaría desenfocando la problemática estrictamente médica que le interesa. No obstante, en general, siguiendo el criterio de Moreno (2012, p. 33):

(...) la doctrina y la jurisprudencia definen la imprudencia como la conducta humana, que por falta de previsión o inobservancia de un deber de cuidado del sujeto que la ejecuta, produce un resultado lesivo para un bien jurídico protegido en una norma penal. Se ocasiona una lesión porque el sujeto no previó el resultado, o habiéndolo previsto, no lo evitó pudiendo hacerlo.

sión teórico-práctica. También reconocemos, que actos como estos, solo pueden considerarse, por lo común, en un terreno especulativo. En términos generales, ningún facultativo los comete, ningún galeno los defiende o justifica, y el mismo gremio se apresura a condenarlos de manera unánime. En esta tesitura se plantea que “cuando el facultativo, olvidándose de lo noble de su misión, ejecuta actos determinantes de delitos castigados en los cánones de la defensa social, delinque y se hace acreedor a la pena señalada y en la medida que se prescribe, pues la circunstancia de ser médico en los delitos en que interviene, prevaleciendo de su profesión para cometerlos, aumenta el grado de su culpabilidad” (Royo y Villanova, 1995, p. 19).

(14) En esta misma tesitura Gómez (2003, p. 326) manifiesta que “no es por ello de extrañar que la elaboración conceptual de la imprudencia y el trazo de sus perfiles jurídico-penales haya sido tradicionalmente uno de los ámbitos que ha acaparado para sí gran parte de las energías de la doctrina, así como que el abanico de dudas interpretativas que plantea hayan salpicado plenamente a su interpretación jurisprudencial”.

Llevado al ámbito médico significa que estamos ante imprudencia médica cuando el galeno, sin la intención de dañar, ocasiona un resultado lesivo a la salud del paciente por no observar adecuadamente el cumplimiento de las normas, protocolos y guías de buenas prácticas que rigen la actividad médica, pues los resultados adversos debieron y pudieron haberse previsto y evitados. En estos casos, también se debe, si se quiere hablar de responsabilidad penal médica, demostrar que el resultado lesivo es consecuencia de la *falta del deber de cuidado*. Este se concreta en el actuar negligente, imperito, imprudente o por inobservancia de los reglamentos por parte del galeno como formas de manifestarse su mala praxis.

Finalmente, la *punibilidad* no deja de ser otro de los elementos cuestionados de la teoría del delito. La primera discusión se genera en función a su consideración como un cuarto rasgo de la acción, más allá de la asunción del sistema tripartita. En este sentido coincidimos con la opinión de Quirós (2005) cuando sostiene que este elemento juega un rol fundamental en la noción de lo delictivo, por cuanto con su exclusión la acción no pertenecería al terreno de lo delictuoso. Y, sobre la base de tal presupuesto, se sustenta que esta categoría se conforma por un conjunto de circunstancias diversas que, si bien no pertenecen al injusto ni a la culpabilidad, su concurrencia determina la liberación del sujeto activo de la consecuencia jurídica que dispone el tipo penal. Es cierto que la especialidad que las caracteriza dificulta su organización, pero las más mencionadas por la doctrina son las condiciones objetivas de punibilidad, las excusas legales absolutorias y las causas posteriores al hecho que anulan la punibilidad. La primera es positiva, en el sentido de que se exige su concurrencia para que la punibilidad quede fundamentada, mientras que las restantes son negativas, pues si concurren la excluyen. En estos supuestos, la acción continúa siendo típica, antijurídica y culpable pero no resulta sancionable en sede penal, pudiendo quedar subsistente la responsabilidad jurídica en otra rama del ordenamiento jurídico (15).

Como fue anunciando en este epígrafe, en el que sigue, sobre la base de estos presupuestos, se tratan de acotar las diversas situaciones susceptibles de generar responsabilidad médica. De esta forma se cierra el círculo de los elementos a tener en cuenta al evaluar la responsabilidad penal médica por los delitos relativos a la vida e integridad física a los que eventualmente pudiera dar paso el ejercicio profesional de su actividad.

III. Situaciones susceptibles de generar responsabilidad médica

La sociedad contemporánea exhibe un exorbitante patrimonio bibliográfico acerca de la responsabilidad médica. Esto obedece a que el tema constituye un problema de creciente preocupación en los sistemas de salud, debido al incremento de

(15) Para profundizar ver entre otros: Quirós (2005); Roxin (1997); Cejas (1989).

las demandas y denuncias por parte de los pacientes que atribuyen al actuar médico determinados resultados adversos. Pero ocurre que, por la variedad de autores (16), especialidades médicas, experiencias y enfoques desde los que ha sido abordada esta temática, se advierte una diversidad de criterios que genera confusiones.

Por tanto, al no existir consenso doctrinal sobre la denominación y clasificación de las causas o supuestos que generan responsabilidad médica, se hace necesario la adopción de una postura normativa que dote de seguridad y certidumbre el tráfico jurídico en los ordenamientos nacionales. En esta dirección se realiza una sistematización de la definición y características del *acto médico* y su derivación en *eventos adversos*. Ello con el objetivo de evaluar cuáles pudieran ser generadores de responsabilidad médica.

Disímiles son las estipulaciones existentes tanto en la literatura médica como en la jurídica sobre el *acto médico*. Desde la ciencia médica encontramos definiciones como la aportada por Varas (2011, p. 240) al exponer que

el Acto Médico, está conformado por todas las conductas desplegadas por un médico dentro del marco del desarrollo del ejercicio de su profesión, lo cual incluye toda la relación médico-paciente desde las etapas preliminares de conocimiento y análisis, hasta las etapas posteriores al tratamiento como la evolución y rehabilitación del paciente.

En esta misma dirección lo define González (2003, p. 1) al afirmar que “es aquella actividad realizada por aquél que está autorizado legalmente para curar y que se desarrolla a través del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y recuperación”. En tanto, más apegado a las ciencias jurídicas Guzmán y otros (1994, p. 141) lo describe como un hecho jurídico al plantear que es:

un hecho del hombre específicamente capacitado en esta ciencia, que acarrea consecuencias porque se realiza voluntariamente y tiene como ‘objeto’ la vida o la salud de otro hombre (paciente), de manera que el resultado del actuar del médico siempre tendrá que ver con la ley, por incidir sobre un ‘sujeto de derechos’; por afectar los derechos de otro hombre que se ha puesto en sus manos.

Mientras que Vila (2013, p. 185) también se refiere al acto médico asociándolo a la ciencia jurídica y a la responsabilidad médica, cuando afirma que

el acto médico presupone una obligación legal, la cual se origina de la interacción médico-paciente, ya que en ese momento nace la relación

(16) En la doctrina, entre otros, Gómez (2003); Cedeño (2008); Varas (2011); Vera (2013).

jurídico-médica a partir del reconocimiento de los derechos y obligaciones de ambos. Por tanto, cuando la relación que se establece entre los sujetos del derecho médico genera un acto médico viciado o contrario al ordenamiento médico-legal se presume el nacimiento de la responsabilidad médica.

Como pudo apreciarse, al menos en relación al acto médico, a pesar de los diferentes enfoques no existen diferencias sustanciales en relación a su definición. Por el contrario, resultado de su escudriñamiento se advierten cuatro características principales o invariantes que lo distinguen. Son estas: 1) la profesionalidad, 2) su ejecución conforme a la *Lex artis ad hoc*, 3) la licitud y 4) el objetivo de curar o rehabilitar al enfermo.

La *profesionalidad* es el primero de los rasgos distintivo del acto médico pues solo un profesional de la medicina puede ejecutarlo. Se concibe como la capacidad reconocida por ley para desempeñar determinada profesión (17). De manera que no se estará en presencia de un acto médico cuando cualquier persona, aunque posea conocimientos médicos, recomiende o indique a otra alguna solución para su dolencia o padecimiento (18).

Se plantea que la ejecución del acto médico siempre debe realizarse conforme a la *Lex artis ad hoc*. Esta es entendida según Ugaz (citado en González, 2007, p. 3) como “el conjunto de reglas técnicas y éticas que regulan la conducta de un determinado profesional y su violación por negligencia determina la culpabilidad”. En otras palabras, esto quiere decir que todo profesional está obligado a cumplir ética y jurídicamente con las guías de buenas prácticas establecidas para su profesión y

(17) El que con ánimo de lucro u otro fin malicioso, o causando daño o perjuicio a otro, realice actos propios de una profesión para cuyo ejercicio no está debidamente habilitado, comete el delito de Usurpación de Capacidad Legal previsto y sancionado en el artículo 149 del vigente Código Penal de la República de Cuba, ley N° 62 del 29 de diciembre de 1987. En los primeros años de la Revolución se generó en Cuba un movimiento contra el intrusismo profesional, debido a que sobre todo en la esfera de la salud pública existían personas que, sin la calificación necesaria, realizaban labores como parteras, mecánicos dentales, hacían legrados y abortos fuera de las instituciones de salud, con los consiguientes daños a la vida y la salud de las personas.

(18) Es este un requisito que genera mayores polémicas en los predios de la imprudencia profesional médica. No se trata solo, para un sector de la doctrina, de poseer la titulación para el ejercicio de la medicina, sino que ha de valorarse el grado de especialización que exige cada acto médico en relación con su cualificación, los conocimientos y capacidades especiales del autor. En esta tesitura, existen dos posiciones extremas bajo la intitulada *teoría de los dos peldaños*. Conforme a la primera postura, el delito imprudente se avalúa de manera diferente: con un baremo estándar, según las exigencias y capacitación que deben cumplir determinados individuos que ejercen ciertas profesiones y la segunda posición representada por aquellos que confieren relevancia a las capacidades especiales del sujeto actuante a la hora de configurar el injusto de la conducta y exigirle responsabilidad. Véase: Gómez (2003, pp. 376 y ss.).

con toda la diligencia y deber de cuidado posible. De lo contrario, ante cualquier anomalía se impondría su examen para descartar sospechas de responsabilidad jurídica. Por otra parte, la licitud del acto médico radica esencialmente en que debe ejecutarse conforme a las normas legales.

El que el acto médico tenga siempre por objetivo la curación o rehabilitación del enfermo no quiere decir que en aquellos casos en que dicho objetivo no se cumpla no estemos ante un acto médico. La obligación del facultativo es primordialmente de medios y excepcionalmente de resultados. Esto se debe a que, en el ejercicio del acto médico, el facultativo solo se puede comprometer a destinar todos los medios a su alcance para efectuar un procedimiento técnico, actuando con apoyo en sus conocimientos, adiestramiento y debida diligencia para curar o aliviar los efectos de la enfermedad. Pero nunca podrá garantizar con total exactitud los resultados. Es por ello que una conducta suficientemente diligente del profesional de la salud deja “satisfecha” la obligación con independencia de que el resultado sea adverso o favorable a las expectativas del paciente (19).

En consecuencia, a los efectos de la presente investigación solo resultan relevantes aquellos actos médicos que producen un daño a la salud del paciente resultado de un *evento adverso*. Es el “daño o la lesión causada en el proceso de la atención médica, que puede ser prevenible con los conocimientos actuales de la medicina” (Amores y Marrero, 2015, pp. 189). Según Kraemer y Vera (como se citó en Fonseca y otros, 2015), dicha lesión no es intencional y siempre será producto de la atención sanitaria e imputable a esta y no a una enfermedad base o condición de salud del paciente.

Pero, a pesar de las diferentes clasificaciones de acto médico existentes en la literatura, tanto biomédica o jurídica, nos afiliamos a la aportada por González (2007, p. 10) porque la sustenta en los resultados o consecuencias jurídicas que produce. También porque en ella se advierte correspondencia con lo sistematizado sobre la ejecución del acto médico conforme a la *Lex artis ad hoc*. Este autor establece la existencia de un *acto médico debido* (eficaz y dañoso) y un *acto médico indebido*.

A. El *acto médico debido*: es aquel que ha sido desarrollado conforme con la técnica normal requerida y a su vez puede subdividirse en:

- *Acto médico eficaz:* aquel que ha cumplido con la finalidad de recuperar la salud del paciente. No genera responsabilidad.

(19) Sobre la obligación de medios o servicios del médico se puede profundizar en: Hernández (2002).

- *Acto médico dañoso (iatrogenia)*: aquel que, a pesar de haber sido realizado debidamente, no ha conseguido la recuperación de la salud del paciente debido al desarrollo lógico e inevitable de determinada patología terminal o aquel que tiene resultados negativos temporales debido a factores propios de la patología enfrentada o a factores propios, peculiares y particulares del paciente. Tampoco genera responsabilidad.

B. Acto médico indebido (*Mala práctica o iatropatogenia*): aquel acto médico que no ha sido desarrollado con la técnica normal requerida y que lógicamente genera responsabilidad, pudiendo ser ética, administrativa, civil o penal, dependiendo de la naturaleza del acto indebido y de la legislación nacional vigente al momento de producirse.

Como se puede apreciar, el acto médico debido (eficaz) no tiene relevancia a los efectos del estudio que realizamos, ya que no causa daño alguno en la salud del paciente. *A contrario sensu* de la *iatropatogenia* o mala práctica que, como acto médico indebido, no solo genera resultados adversos, sino que estos pueden ser penalmente relevantes. En esta trayectoria es necesario hacer referencia a las siguientes situaciones que acontecen en el contexto del acto médico: *la alteración producida en el paciente por el normal proceder médico, los accidentes, las complicaciones y el error médico*. Estas, como los casos de *iatropatogenia*, tienen como común denominador la cualidad de ser situaciones desencadenantes de daño o eventos adversos, pero a diferencia de aquella no generan responsabilidad médica.

En cuanto a la *alteración producida en el paciente por el normal proceder médico*. Se trata de un daño que, aunque es previsible, también es “inevitable”. Se presenta dentro de una buena práctica profesional en aquellos casos en los que el médico debe, por ejemplo, amputar un miembro en interés de la curación o salvar la vida del paciente (*v. gr.*, un paciente afectado de una gangrena en un pie, que por su estado debe ser amputado, privándole de una parte importante de su anatomía). Sin embargo, esta operación debe ser practicada en todos los casos de esta índole. No es exigible responsabilidad médica, en estos casos, atendiendo a la aplicación de la eximente del ejercicio legítimo de una profesión como causa de justificación (Parets, 1991), lo que equivale a declarar la licitud de todos aquellos actos típicos realizados con ocasión de la actividad profesional, siempre que dicho ejercicio esté debidamente acreditado en ley.

Por otro lado, se considera *accidente* aquel daño imprevisto que al suceder súbitamente resulta inevitable dentro de una buena práctica profesional (*v. gr.*, se va el fluido eléctrico en el hospital mientras el cirujano retira el bisturí y corta un nervio importante). Casos en que lógicamente no es exigible responsabilidad médica atendiendo a la ausencia de conducta penalmente relevante por caso fortuito, léa-

se, la “(...) causación de un mal por mero accidente y ausencia de culpa y de dolo” (Cobo y Vives, 1987, p. 500).

En tanto las *complicaciones*, pueden ocurrir durante el acto médico o a consecuencia de este, debido a las peculiaridades del paciente y de la enfermedad que le aqueja. A pesar de su previsibilidad, algunas veces el resultado es inevitable presentándose dentro de una buena práctica médica por un titular competente (*v. gr.* el edema agudo del pulmón que aparece en un postoperatorio). Esta tampoco genera responsabilidad penal siempre que, como anteriormente se expuso, se realice dentro de una adecuada praxis médica.

Finalmente, para conceptualizar el *error médico* se asume, por su carácter ilustrativo y objetividad, la definición de Cañizares (como se citó en Parets, 1991, p. 90):

(...) es aquel resultado de un proceder médico, que realizado dentro de la rigurosa observancia de las previsiones científicas adecuadas de normas técnicas establecidas específicamente para el mismo, por causas ajenas a cualquier forma de imprudencia en la conducta del facultativo, trae como consecuencia una situación de peligro o lesión para la salud del paciente, o pérdida de la vida del mismo.

De vital importancia también resulta la aclaración de este propio autor relacionado con esta institución cuando sostiene que “donde esté presente la imprudencia del médico detectada por las reglas de la culpa, debe excluirse toda posibilidad de error propiamente dicho” (Cañizares como se citó en Parets, 1991, p.91). Por tanto, la postura que sostenemos es que ante la figura del error médico se excluye la responsabilidad jurídica médica, pues como reza un viejo adagio desde el Derecho Romano, *impossibili um nulla obligatio* (a lo imposible nadie está obligado) (20).

De este estudio se aduce que no siempre que se produzca un perjuicio en el marco del acto médico o un resultado adverso se origina responsabilidad jurídica médica, sino solo en aquellos casos en que no se actúe de acuerdo a la normal técnica requerida, o lo que es igual, se lleve a cabo una mala práctica médica. Esta última es la única situación susceptible de generar responsabilidad penal, razón por la que dedicamos el siguiente epígrafe al estudio de las diferentes modalidades o formas en que pudiera presentarse.

(20) En la literatura extranjera sobre el error médico no solo es abundante, sino que también se advierte la inexistencia de consenso en cuanto a las modalidades y efectos jurídicos de esta institución. Así se encuentran posturas contrarias a las que aquí se sostiene, incluso hay autores que diferencian entre un error médico excusable de otro al que consideran inexcusable.

IV. Mala praxis: diversas formas de revelarse la imprudencia médica

Sobre el médico pesa indudablemente el esmerado deber de impedir en el ejercicio de su profesión aquellos resultados adversos que puedan ser consecuencia de su acción u omisión. Pero solo le resulta exigible responsabilidad de trascendencia jurídica en aquellos casos en que el daño padecido por el paciente haya sido resultado de una mala praxis médica. Esta responsabilidad será debatida en sede penal siempre que se configuren los presupuestos para la evaluación de una figura de delito que tenga su génesis en el acto médico. Razón por la que en este epígrafe se profundiza en el concepto de mala praxis médica, hasta llegar al análisis de cada una de las formas en que puede manifestarse la imprudencia en este ámbito. En esta dirección, de las numerosas definiciones existentes, solo se exponen algunas que permiten identificar las invariantes a tener en cuenta para su adecuada dilucidación.

Para González (2007), una mala praxis no es más que un *acto médico indebido*, el cual no ha sido desarrollado con la técnica normal requerida, por lo que genera responsabilidad ética, administrativa, civil o penal, dependiendo de la naturaleza del acto indebido y de la legislación nacional vigente al momento de producirse. En esa misma línea Tiffer (como se citó en Romero, 2014, p. 110) expone que “la mal praxis se da cuando ocurre un daño en la salud de una persona, como efecto del accionar profesional debido a la imprudencia, impericia, negligencia o por (...) [incumplimiento] de las normas jurídicas (...) o por falta a los deberes profesionales”.

Iraola y Gutiérrez (2005, p. 2), aunque un poco más exhaustivos, pero en la misma dirección, defienden que

existirá mala praxis en el área de la salud, cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, sea este daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencias de un accionar profesional realizado con imprudencia o negligencia, impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo con apartamiento de la normativa legal aplicable.

Finalmente, al advertirse consenso en este sentido, consideramos que la mala práctica (mala praxis) o mala praxis médica es la acción de dañar total o parcialmente, temporal o de manera permanente, la salud humana en el contexto de la relación médico-paciente. Obedece a la actuación por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de los reglamentos y deberes exigidos a los salubristas durante la realización de cualquier acto médico. En estos casos el daño producido es previsible, pero no se previó o, habiéndose previsto el facultativo, confió en que

podía evitarlo sin que lo lograra. Se trata de un daño provocado por imprudencia y, por tanto, evitable con una buena práctica profesional.

En consecuencia, se señala que al analizar la mala praxis médica hay que tener en cuenta la existencia de:

- 1) Un daño constatable en la salud del paciente.
- 2) El daño padecido debe necesariamente haber sido causado por el médico en su actuar profesional.
- 3) La conducta médica debe haber sido realizada de forma imprudente (21).
- 4) Las formas en que se manifiesta son:
 - Impericia;
 - imprudencia propiamente dicha;
 - negligencia e
 - inobservancia de los reglamentos.

Siguiendo esta trayectoria es necesario precisar, en apretada síntesis, las coordenadas con las que apreciar la imprudencia médica en el ámbito penal. También definir como expresión de esta, cuándo se está ante un actuar médico imperito, imprudente, negligente o que no se ha llevado a cabo con la adecuada observancia de los reglamentos.

Si bien con discrepancias, suele ser mayoritario en la doctrina el reconocimiento del delito imprudente como expresión de la *infracción del deber de cuidado* (22). Pero como se expuso *ut supra*, las controversias que han arropado la construcción dogmática de esta institución no pueden ser objeto de atención en estas cuartillas. Ello excedería el límite de nuestros propósitos y lo desviarían de su curso. A lo que se adiciona el hecho de que cualquier aproximación al ámbito de la imprudencia médica está llamada a agudizar el halo de problemas del delito imprudente. En consecuencia, resultado de la revisión de la diatriba científica que sobre esta temática ha generado montaña de bibliografía, nos circunscribimos a sistematizar los aspectos que se asumen en este trabajo como presupuestos para apreciar la imprudencia en el ámbito de la medicina.

(21) Autores como Vera (2013) se refieren a las formas de manifestarse la mala praxis médica como modalidades de la culpa en el proceder profesional de la medicina.

(22) Con una postura opuesta destacan autores como Roxin (1997) y Jakobs (1997) quienes sustentan su posición en la teoría de la imputación subjetiva.

En este orden de ideas, resultan concluyentes los aspectos expuestos por Gómez (2003, pp. 337-338) cuando sostuvo que

en este sentido suele, admitirse sin dificultades que en su ponderación habrán de tenerse en cuenta aspectos como la relevancia del bien jurídico afectado en comparación con las posibilidades de éxito del tratamiento, la comprobación en torno a la necesidad del empleo de métodos que se alejaran de los cánones convencionales de la *lex artis*, la urgencia de la intervención, su grado de complejidad, las circunstancias de lugar y tiempo en que se realiza, los medios disponibles al alcance del profesional (...) el grado de especialización que exige el acto médico en relación con su cualificación, los conocimientos y capacidades especiales, y en definitiva, cuantos extremos pudieran venir a modular el grado de exigibilidad de una conducta diferente.

Como se aprecia, en esta dirección resulta de vital importancia la necesidad de ponderación de todas las circunstancias del caso concreto en aras de realizar un juicio en torno a la *probabilidad objetiva* de lesión del bien jurídico como presupuesto del *deber objetivo de cuidado*, probabilidad que ha de limitarse a la *cognoscibilidad del autor*. Asimismo, atendiendo al contenido del desvalor de la acción, no del resultado que produzca, la evaluación de la infracción del deber de cuidado que en el marco de la actuación médica ha de tener en cuenta: 1) las circunstancias concurrentes en el caso concreto; 2) la importancia de los bienes afectados; 3) la utilidad social de la conducta; 4) la proporción estadística de la acción realizada y el resultado producido; 5) el grado de previsibilidad del riesgo; así como 6) los conocimientos y capacidades especiales del autor (concepción individualizadora del injusto). Pero debe precisarse que todos estos aspectos en el ámbito médico deben conjugarse con la relatividad misma de la ciencia médica y con las circunstancias de tiempo, lugar o urgencia con la que se practica la intervención (23).

También, al finalizar la evaluación de estos aspectos, habrá que concluir, para insertar con propiedad técnica el actuar médico en terrenos del Derecho Penal, en cuál de las dos modalidades de culpa o imprudencia se tipifica: la *consciente* o la *inconsciente*. La primera, también denominada con representación o con previsión, se presenta cuando el agente, habiendo supuesto como posible la producción del resultado lesivo para el bien jurídico porque estaba en posibilidad de hacerlo, confía en poder evitarlo, pese que advierte la amenaza objetiva de su conducta. La segunda, es la también denominada sin representación o sin previsión, que se realiza cuando el autor no se representa la posible ocurrencia del resultado típico dañoso para el bien jurídico derivado de su conducta habiendo podido y debido hacerlo. De todas maneras, de la revisión del artículo 9.3 del Código Penal

(23) Sobre estos aspectos véase: Gómez (2003).

vigente en Cuba (24), es evidente que la distinción entre las dos modalidades de imprudencia no tiene mayor repercusión desde el punto de vista punitivo y práctico, en la medida en que el legislador les impone a ambas la misma pena, aunque si la puede tener en sede del arbitrio judicial.

Ahora bien, en relación a las manifestaciones del actuar genérico imprudente por infracción del deber de cuidado, encontramos ilustrativa la definición que en el Diccionario Larousse se expone sobre la impericia. En este texto se dice que es la falta de pericia o habilidad para hacer una cosa. Mientras que, por otra parte, según el Diccionario de la Lengua Española el antónimo de la pericia es la sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte. De manera que, etimológicamente, la impericia médica es la falta de conocimientos, práctica, experiencia y habilidad manifestada en el proceder médico.

Por ello, como bien exponen Iraola y Gutiérrez (2005, p. 2), la “impericia: está genéricamente determinada por la insuficiencia de conocimientos para la atención del caso, que se presumen y se consideran adquiridos, por la obtención del título profesional y el ejercicio de la profesión”. También nos parece acertada la clasificación aportada por Vera (2013) cuando defiende que la impericia, declarada como una de las formas de la culpa médica, puede ser:

- De origen: es cuando nunca lo aprendió.
- De olvido: es cuando se aprendió, se aplicó y luego se olvidó.
- De práctica: es cuando solo se sabe la teoría.

En el viejo Derecho francés, por ejemplo, se denominó torpeza la falta de destreza, de habilidad, de propiedad en hacer una cosa, y se dividía en torpeza material y moral. En esta última es que entra la culpa por la ignorancia profesional: el agente responde porque ha descuidado adquirir los conocimientos elementales y necesarios para el ejercicio de su profesión o arte. Pero solo será relevante jurídica y penalmente cuando es grosera y el sujeto podía evitarla tomando ciertas precauciones. Se dice que la impericia es grosera cuando el médico, a pesar de estar capacitado para el desempeño de su profesión, emplea deficientemente o no emplea los conocimientos científicos y técnicos requeridos en el proceder que ejecuta causando la muerte o lesión del paciente (25).

(24) Artículo 9.3 (ley N° 62 de 29 de diciembre de 1987). El delito se comete por imprudencia cuando el agente previó la posibilidad de que se produjeran las consecuencias socialmente peligrosas de su acción u omisión, pero esperaba, con ligereza, evitarlas, o cuando no previó la posibilidad de que se produjeran a pesar de que pudo o debió haberlas previsto.

(25) Véase Anexo de la Resolución 99 de 2008, del Ministerio de Salud Pública de la República de Cuba.

En estos casos no se está juzgando al profesional por el simple hecho de no saber, sino por no saber y hacer lo que normalmente debió conocer y ejecutar. Por lo que coincidimos con Salazar y Quintana (1993-1994) cuando exponen que al médico no se le exige que posea conocimientos extraordinarios o fuera de los normales, sino los que la sana lógica indica que debe poseer un profesional en esta materia, puesto que la pericia que se exige es la *pericia* media, la pericia normal.

Este último criterio resulta para nosotros el de mayor trascendencia jurídica a la hora de evaluar responsabilidad penal médica por impericia, ya que como se ha podido apreciar la impericia es un concepto relativo que puede variar con el tiempo, el lugar y las condiciones en que se realice el acto médico. Además, para su evaluación es preciso tener en cuenta las características de cada situación particular, donde se pueden presentar indicadores tan variables como las propias condiciones del paciente, así como los medios y recursos disponibles en el momento de su atención.

Una vez analizada la impericia médica podemos pasar al estudio de la imprudencia propiamente dicha y la negligencia como otras de las formas de manifestarse la mala praxis. Estudio que preferimos desarrollar de manera entremezclada al acogernos al criterio de Vera (2013) relativo a que ambos comportamientos suelen ser caras de una misma moneda. Por ello se extraen los principales rasgos que caracterizan ambas conductas, tomando como referente las definiciones expuestas en la resolución N° 99 de 2008, del Ministerio de Salud Pública de Cuba (26).

La imprudencia es:

- Conducta positiva en la que se realiza un hecho que había que abstenerse de hacer o se ejecuta un hecho de modo inadecuado.
- Implica la producción de un resultado dañoso o peligroso.
- Solo es aplicable cuando provocan un mal.
- Incumplimiento del deber de atención y cuidado.

(26) Imprudencia: Consiste en una conducta positiva, al realizar un hecho que había que abstenerse de hacer por la posibilidad de producir un daño o peligro, o bien que se ejecuta un hecho de modo inadecuado que resulta peligroso para terceros. Es aplicable a los médicos cuando provocan un mal a consecuencia de su actuar precipitado y sin el cuidado que la ciencia y la experiencia médica enseñan que se debe tener en cuenta al tratar a un enfermo, existiendo un incumplimiento del deber de atención y cuidado. Negligencia: Es una especie de conducta omisa que se contrapone a las normas que exigen una determinada actuación solicitada, atenta y sagaz. Es utilizada para describir el descuido y la desatención, en no prever lo previsible, resultado de lo cual se perjudica la salud del paciente.

Por otra parte, se expone que la negligencia es:

- Una conducta omisa.
- Contrapuesta a las normas que exigen una determinada actuación.
- Falta de previsión de lo previsible.
- Resultado de daño en la salud del paciente.

La imprudencia vendría siendo hacer más de lo que se debe, o sea, realizar una acción de la cual había que abstenerse; o llevar a cabo el acto (debido) de manera incorrecta. Mientras que la negligencia consiste en no hacer lo que se debe hacer, hacer menos de lo que se debe hacer o postergar lo que se debe hacer. Es válido destacar que la negligencia puede ser considerada como una “forma pasiva de la imprudencia porque implica el olvido de las precauciones impuestas por la prudencia” (Salazar y Quintana, 1993-1994, p. 31). Sin embargo, al analizar los otros rasgos identificados, nos percatamos que son comunes para ambos comportamientos. Tanto la imprudencia como la negligencia solo son imputables al galeno cuando ocasionan un daño en la salud del paciente. Daño que se caracteriza por la omisión de la debida precaución, prudencia, desatención y el adecuado deber de cuidado que exige la *Lex artis ad hoc*, sin medir sus posibles consecuencias, o sea, sin prever aquello que era previsible, sin observar aquello que la propia ciencia médica hace aconsejable para evitar riesgos.

En tanto la inobservancia de los reglamentos se manifiesta cuando el agente no cumple las medidas que se le imponen con carácter obligatorio en estos, ya que, en el ejercicio de la profesión médica, el facultativo viene obligado al estricto cumplimiento de los preceptos contenidos tanto en los reglamentos de carácter general como específicos, pudiendo derivarse de su inobservancia una responsabilidad no solo en el orden laboral o administrativo, sino penal. Esto tiene su fundamento en el principio en el cual la ley o el reglamento establecen postulados y límites para el ejercicio de actividades que implican riesgos, prohíben ciertas acciones peligrosas y prevén los medios y medidas que deben adoptarse para desarrollar ciertas actividades. Son una especie de imperativos que el agente tiene la obligación jurídica de observar y que por su naturaleza y forma normativa distan de ser consejos o recomendaciones (Savón, 2016).

Hasta aquí se aprecia que entre cada una de las formas de manifestarse la mala praxis médica existe una línea muy delgada que no permite realizar una fragmentación exacta de hasta dónde llega cada una de ellas. Estas no se manifiestan de manera exclusiva en el acto médico, conllevando una, de manera ocasional a la ocurrencia de otra. La ausencia o falta de conocimiento (impericia) puede provo-

car que el médico se abstenga (negligencia) de actuar o realice de forma incorrecta (imprudencia) el procedimiento que demanda la atención médica del paciente o que simplemente esto ocurra porque el galeno desconocía lo que al respecto dictaban los protocolos o, aun conociéndolos, no los observa.

V. Consideraciones finales

El profesional de la salud en su proceder asume no solo una elevada responsabilidad ética y social, sino también una insoslayable responsabilidad jurídica. El ejercicio de su profesión exige un estricto cumplimiento de normas, protocolos y guías de buenas prácticas que rigen la actividad, pudiendo ocasionar un resultado lesivo a la salud física, psíquica o la muerte para el paciente de no observarlas adecuadamente.

Salvo contadas excepciones, los resultados lesivos que llegan a producirse en el ejercicio de la Medicina, y por los que el profesional debe responder, le son imputables a título de imprudencia. En estos casos la conducta médica que alcanza los predios del Derecho Penal califica como mala *praxis*, debiéndose demostrar que el resultado infausto es consecuencia de la *infracción del deber objetivo de cuidado*. Esta obedece al actuar *negligente, imperito, imprudente* o la *inobservancia de los reglamentos*.

La mala praxis médica genera resultados adversos, pero no todo resultado adverso es producto de una mala praxis. Solo esta, dentro del catálogo de aquellos, genera responsabilidad penal a título de culpa por violación del arte médico si se configuran los restantes rasgos que caracterizan una conducta como delictiva (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad). Se produce en el marco de la relación médico-paciente, resultado de la ejecución de un acto médico indebido por imprudencia, impericia, negligencia y la inobservancia de los reglamentos, que implica la afectación de bienes jurídicos tutelados por el Derecho, como la vida y salud de las personas.

VI. Bibliografía

Amores, T. y Marrero, J. Á. (2015). Mala praxis médica en el quirófano. *Revista cubana de cirugía*[online] ISSN 1561-2945. 54(2), 187-194. Recuperado de <http://scielo.sld.cu>. Y de <http://www.revcirugia.sld.cu/index.php/cir/article/view/210/129>

Argentina Praxis Médica (2026). La Revista de la Mutual. *Litigiosidad indebida. El camino hacia una medicina defensiva*. Recuperado de <http://www.lamutual.org.ar/newsletter1-mesa-redonda.php>

Arrue, C. y Azaharez, G. (2012). *Del error médico a la responsabilidad penal, cuestión esencial del tema probando. Una mirada crítica al procedimiento establecido en Cuba. Abogacía y Derecho: Gestión de conflictos jurídicos. Derecho y litigios penales*. La Habana, Cuba: ONBC. P. I, (pp. 41-63).

Bustos, J. J. y Hormazábal, H. (1997). *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Trotta. V.I-II.

Cedeño, N. (2008). La responsabilidad penal del médico en cuba. Su tratamiento teórico doctrinal y legislativo. *Revista Jurídica*, N° 12 (p. 20-38). Buenos Aires: UCES. Recuperado de <http://saludencuba.impela.net/tag/nora-cedeno-guerra/>

Cejas, A. (1989). *La declaración jurisdiccional de la responsabilidad penal*. La Habana, Cuba: Editorial de Ciencias Sociales.

Cobo del Rosal, M. y Vives, A. (1987). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Diccionario de la Lengua Española. Recuperado de <http://www.drae.es>

Fonseca, G. M. y otros (2015). *Eventos Adversos y demandas por Mala Praxis en Endodoncia*. Int. J. Med. Surg. Sci., 2(1), (pp. 367-375). Recuperado de http://www.ijmss.org/wp-content/uploads/2015/06/art_2_21.pdf

Fontán, C. (1998). *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Franco, G. (1962). Las leyes de Hammurabi: Versión española, introducción y anotaciones. *Revista de ciencias sociales [online]* ISSN0034-7817, 6(3), (pp. 331-356). Recuperado de http://rcsdigital.homestead.com/files/Vol_VI_Nm_3_1962/Franco.pdf

Gómez Rivero, M. C. (2003). *La responsabilidad penal del médico*. Valencia: Tirant lo Blanch.

González, A. (2002). *El acto médico en el Perú: Aciertos y confusiones en su concepto*. Sociedad peruana de Derecho Médico. Recuperado de <http://www.sodeme.org/publicaciones/articulos/a.pdf>

González, A. (2003). *El acto médico (iatrogenia y sus consecuencias)*. Sociedad peruana de Derecho Médico. Recuperado de http://www.sodeme.org/publicaciones/articulos/a_01_03.pdf

González, A. (2007). *Ejercicio Legal de la Odontología en el Perú*. Sociedad peruana de Derecho Médico. Recuperado de http://www.sodeme.org/publicaciones/articulos/a_01_07.pdf

Guzmán, F. y Otros (1994). El acto médico. Implicaciones éticas y legales. *Acta Med Colomb Vol. 19 N°3*. Recuperado de <http://www.actamedicacolombiana.com/anexo/articulos/03-1994-05->

Hernández, A. (2002). *Responsabilidad por mala praxis médica. Análisis del problema a través de encuestas a colegios oficiales de médicos y abogados*. (Tesis doctoral). Universidad de Córdoba. Recuperado de <http://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/281/13209401.pdf;jsessionid=77CA29F6C5FCB05945B88D27C760852F?sequence=1>

Iraola, N. y Gutiérrez, H. (2005). *Apuntes Sobre la Responsabilidad Médica Legal y la Mala Praxis*. Recuperado de <http://www.geosalud.com/malpraxis/mala-praxis.htm>

Jakobs, G. (1997). *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. Argentina: Editorial Ad- Hoc.

Mariñelarena, J. L. (2011). *Responsabilidad profesional médica. Cirujano General*. V. 33 S. 2. Recuperado de <http://www.medigraphic.com/cirujanogeneral>

Moreno, F. (2012). *La responsabilidad penal del médico*. Boletín de la SPAO, 6(1), (pp. 30-37). Recuperado de <http://www.spao.es/documentos/boletines/pdf-boletin-seccion-21-secciones-63654.pdf>

Parets, J. (1991). La responsabilidad penal del médico. *Revista Cubana de Derecho*(2), (pp. 84-93). Recuperado de <http://vlex.com/vid/responsabilidad-penal-medico-45042501>

Quintero, O. (1974). *Los delitos especiales y la Teoría de la participación*. Madrid. España: s/e.

Quirós, R. (2005). *Manual de Derecho Penal*. La Habana, Cuba: Félix Varela. T. I-II-III.

Ramírez, Y. y Blanco, A. A. (2012). *La inexigencia de responsabilidad penal en la actividad médica bajo el principio de confianza*. Abogacía y Derecho: Gestión de conflictos jurídicos (p.1), Derecho y litigios penales. La Habana, Cuba: ONBC. pp. 20-40.

Romero, J. E. (2014). Apuntes sobre la mala praxis médica. *Revista de Ciencias Jurídicas*. (135), (pp. 107-122). Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34281.pdf>

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción de la 2ª ed. alemana y notas de D. M. Luzón Peña y Otros. Madrid: Civitas. T.I.

Royo-Villanova, R. y Morales, R. (1995). *Sobre el concepto y definición de la responsabilidad legal del médico*. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Fascículo I. enero-abril. MCMLV. Madrid: Artes Gráficas y Editores, S.A. T.III.

Salazar, B. L. y Quintana, R. (1993-1994). La Mala praxis: Responsabilidad penal del profesional en medicina. *Revista Medicina Legal de Costa Rica*. 10(2), (pp. 30-33). Recuperado de www.binasss.sa.cr/revistas/mlcr/v10n2v11n1/art7.pdf

San Pedro, Y. V. (2012). *La responsabilidad penal médica en Cuba: Una mirada desde la bioética (tesis de especialidad)*. Cuba: Universidad de Oriente.

Savón, I. (2016). *El error médico en el ordenamiento jurídico penal cubano* (tesis de pregrado). Cuba: Universidad de Guantánamo.

Varas, J. (2011) *Responsabilidad médica y acto médico*. *Revista Obstetricia y Ginecología*. V. VI. (3), (pp. 240-244). Recuperado de www.revistaobgin.cl

Vera, O. (2013). Aspectos éticos y legales en el acto médico. *Revista Médica La Paz* versión [online] ISSN 1726-8958, 19(2), (pp. 73-82). Recuperado de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-89582013000200010

Vila, D. (2013). *Teoría del Derecho Médico*. La Habana, Cuba: Ciencias Médicas.

Zaffaroni, E. R. (1981). *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Argentina: EDIAR. T. III.

Legislación

Ley N° 41 “Ley de Salud Pública de la República de Cuba”. 13 de julio de 1983.

Ley N° 62 “Código Penal de la República de Cuba”, 1987. En vigor: 30 de abril de 1988.

Ley N° 87 Modificaciones al Código Penal de la República de Cuba, Gaceta Oficial, N° 1, 15 de marzo de 1999.

Decreto-ley 140 Modificaciones al Código Penal cubano, Gaceta Oficial Extraordinaria, N° 4, 13 de agosto de 1993.

Decreto-ley 150 Modificaciones al Código Penal cubano, Gaceta Oficial Extraordinaria, N° 6, 10 de junio de 1994.

Decreto-ley 175 Modificaciones al Código Penal cubano, Gaceta Oficial Extraordinaria, N° 6, 26 de junio de 1997.

Resolución N° 99 del Ministerio de Salud Pública de la República de Cuba, "Metodología para la evaluación de la responsabilidad penal médica", 7 abril de 2008.

Fecha de recepción: 30-10-2017 Fecha de aceptación: 14-03-2018